

# Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts

– Mr. R.G.T. Bleeker en prof. mr. E.R. Manunza<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op 13 juli vorig jaar heeft de Minister het Eindrapport met de resultaten van de evaluatie van het functioneren van de Commissie van Aanbestedingsexperts aan de Tweede Kamer gezonden.<sup>2</sup> Die evaluatie was aangekondigd bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet in 2012. Het rapport is opgesteld door Kwink Groep op basis van onder meer interviews met betrokkenen. Dit betrof een online-enquête (981 respondenten vooral bestaande uit ondernemers en aanbestedende diensten), verdiepende interviews (11 gesprekken met vier typen belanghebbenden: de Commissie, direct betrokkenen zoals het Ministerie van EZ en niet direct betrokkenen zoals brancheorganisaties, wetenschappers en advocaten) en een drietal casestudies (gesprekken met klagers, beklagden en experts). De evaluatie is gericht op het vaststellen van de doeltreffendheid en doelmatige taakstelling van de Commissie. De feiten, cijfers en percepties zijn vervolgens door Kwink geanalyseerd en hebben de basis gevormd voor de bevindingen neergelegd in het evaluatiedocument.<sup>3</sup>

De Minister concludeert in zijn Kamerbrief dat de Commissie een waardevolle bijdrage heeft geleverd aan de verbetering van de aanbestedingspraktijk en laat weten enkele voornemens van de Commissie tot vergroting van haar doelmatigheid te ondersteunen.

Nadat wij hierna eerst de doelstellingen van de Commissie in herinnering brengen, bespreken wij de resultaten van de uitgevoerde evaluatie en de

conclusies van de Minister en nemen ook enkele eigen waarnemingen op over het functioneren van de Commissie. Behalve over het eindrapport beschikken we daartoe ook over twee eigen periodieke rapportages van de Commissie.<sup>4</sup> Voor een goede samenvatting van de door de Commissie uitgebrachte adviezen zij verwezen naar de overzichtsartikelen die eerder in *TBR* zijn verschenen.<sup>5</sup>

## 2. Doelstelling instelling Commissie van Aanbestedingsexperts

Blijkens de parlementaire geschiedenis was de bedoeling van de wetgever dat de Commissie 'snel, zorgvuldig, laagdrempelig' adviezen zou uitbrengen over aanbestedingsrechtelijke geschillen, zodat de gang naar de rechter zou worden voorkomen.<sup>6</sup> Voorts verwacht(te) de wetgever ook een bijdrage aan een toename van de professionaliteit en een leereffect. Deze doelstellingen zijn neergelegd in art. 2 lid 1 van het Reglement van de Commissie.<sup>7</sup> De Commissie dient deze doelstellingen te bereiken door de uitoefening van een tweetal taken, namelijk het bemiddelen tussen partijen naar aanleiding van klachten en het geven van niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten (art. 2 lid 2 Reglement).

<sup>4</sup> Periodieke rapportages van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 28 maart 2014 (1 april 2013 - 1 maart 2014) en van 22 mei 2015 (1 maart 2014 - 1 maart 2015) te vinden via: <<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/node/388>>.

<sup>5</sup> B.J.H. Blaisse-Verkooijen, J.C. Binnerts en L.A. Dutmer, 'Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts (Deel 1)', *TBR* 2015/175, p. 1053-1060 en B.J.H. Blaisse-Verkooijen, J.C. Binnerts, J.C. en L.A. Dutmer, 'Kroniek adviezen Commissie van Aanbestedingsexperts (Deel 2)', *TBR* 2015/187, p. 1130-1139.

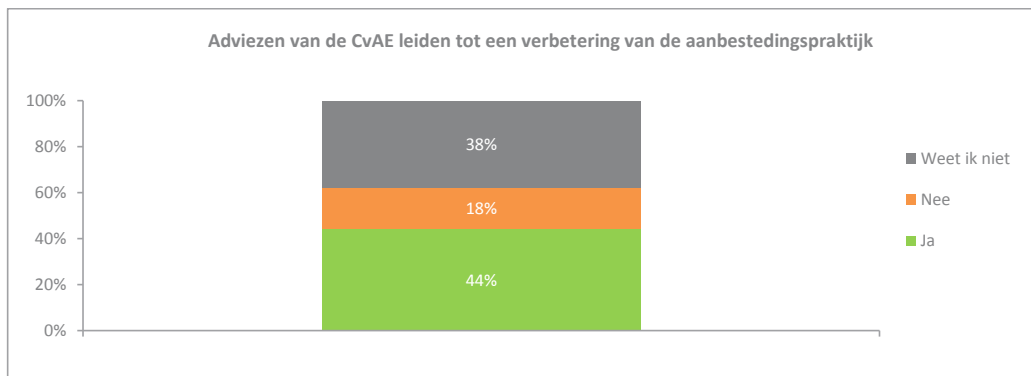
<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11 (toelichting bij Nota van Wijziging); *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, E (Nota naar aanleiding van het Verslag); zie ook *Kamerstukken II* 2011/12 32440, nr. 59 (motie 59 van de leden Ziengs en Koppejan); en de toelichting bij het Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, nr. WJZ / 3008668, tot instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts (Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts).

<sup>7</sup> Opgesteld op basis van art. 6 van het Instellingsbesluit.

<sup>1</sup> Rob Bleeker is advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam en Elisabetta Manunza is hoogleraar Internationaal en Europees aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht, co-directeur Public Procurement Research Centre (<[www.pprc.eu](http://www.pprc.eu)>).

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 32 440, nr. 90 (Kamerbrief Uitkomsten evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts, 13 juli 2015).

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 32 440, nr. 90, bijlage 550562.



Figuur 21 van de **evaluatie** (Stelling: de adviezen van de CvAE leiden tot een verbetering van de aanbestedingspraktijk (aldus aanbestedende diensten, N=268), rapport Kwink Groep, p. 44.

### 3. Aantal adviezen

De Commissie is van start gegaan met twee leden, mr. J.G.J. Janssen als voorzitter en prof. C.H.C. Jansen als vicevoorzitter. Sinds 1 april 2015 is mr. T.H. Chen als derde lid toegetreden. De Commissie wordt bijgestaan door 86 experts. Uit het evaluatierapport blijkt dat deze experts per advies ten hoogste 5 uur mogen besteden<sup>8</sup> aan een advies en dat de leden van de Commissie 10 tot 12 uur per week aan deze werkzaamheden dienen te besteden. Voor het secretariaat zijn twee medewerkers beschikbaar voor samen 62 uur.

Tegen deze achtergrond is het resultaat van de Commissie alleen al in kwantitatieve zin imposant: blijkens de eigen rapportages zijn er tot 1 maart 2014 47 klachten ingediend en 26 afgehandeld; tot 1 maart 2015 zijn nog eens 102 klachten ingediend, waarvan 30 afgehandeld en 16 lopende klachten. Kwink meet overigens tot 1 januari 2015 163 klachten in totaal zonder het verschil met de eigen cijfers van de Commissie te verklaren; de rapportage van Kwink is sowieso meer gebaseerd op enquêteresultaten naar de perceptie van het werk van de Commissie, dan op kwantitatief of kwalitatief onderzoek.<sup>9</sup>

### 4. Evaluatie Kwink

In het rapport worden doelstelling, organisatie en werkwijze van de Commissie besproken<sup>10</sup> en vervolgens de resultaten en effecten daarvan. Per onderwerp noteren de opstellers bevindingen (totaal 30); en in de conclusie leidt dat tot 3 conclusies waarbij wordt verwezen naar 10 resp. 3 en 3 bevindingen.

Wij zullen hier niet alle 30 bevindingen vermelden

maar ons concentreren op de drie eindconclusies.<sup>11</sup>

De eerste eindconclusie is dat de Commissie een aanvulling vormt op andere mogelijkheden om aanbestedingsklachten af te handelen; en dat in bijna de helft van de gevallen een advies bijdraagt aan oplossing van de klacht. De onderzoekers koppelen daar de aanbeveling aan om de doorlooptijd te verkorten en de bekendheid van de Commissie te vergroten. Respondenten blijken in overgrote meerderheid tevreden over zorgvuldigheid en kwaliteit van de procedure en het resultaat; ervaren die als laagdrempelig; maar stellen prijs op meer pogingen tot bemiddeling. Op de doorlooptijden komen wij hierna terug.

De tweede eindconclusie is dat de adviezen slechts in beperkte mate een leereffect teweegbrengen, maar wel bijdragen aan professionalisering van de aanbestedingspraktijk. Slechts 14% van de aanbesteders past zijn procedures aan naar aanleiding van een advies en slechts 7% zijn beleid. Toch vindt 44% dat de adviezen leiden tot verbetering van de aanbestedingspraktijk. Het verschil tussen deze bevindingen wordt door onderzoekers niet verklaard. Respondenten stellen voorts prijs op meer aanbevelingen, waaruit een 'concreet handelingsperspectief' zou moeten blijken.

De derde eindconclusie betreft een doelmatiger taakuitvoering. Onderzoekers registreren dat de Commissie zichzelf als een organisatie in ontwikkeling beschouwt; dat zij de klachten inmiddels met prioritering behandelt en graag meer secretariaële ondersteuning zou ontvangen. Voorts noteren zij dat respondenten de aanbeveling doen om meer gebruik te maken van de 86 experts op de lijst (in de onderzochte periode bij 29 klachten).

De conclusies worden gevolgd door resultaten van de enquêtes,<sup>12</sup> waaruit blijkt dat de responden-

<sup>8</sup> Vijf uur gehonoreerd; en wel tegen € 50,- per uur(!).

<sup>9</sup> Conform de onderzoeksofzet van de Evaluatie, zie sub 1.4: een 'documentenanalyse' en verder subjectieve bronnen.

<sup>10</sup> Kwink Groep, *Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts* 2015, p. 8-10.

<sup>11</sup> Kwink Groep, *Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts* 2015, p. 45-52.

<sup>12</sup> Kwink Groep, *Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts* 2015, p. 53-63.

ten overwegend positief zijn over de prestaties van de Commissie. De conclusie van de Minister dat de Commissie erin is geslaagd de doelstellingen te bereiken is dan ook onontkoombaar; en het is beoogd vast te stellen dat de Minister de aanbevelingen tot verbeteringen onderschrijft.

## 5. Overige eigen waarnemingen

Aan de waarnemingen van de onderzoekers voegen wij graag nog enkele eigen waarnemingen toe; ter begrenzing van de omvang van dit artikel bespreken we tien eigen waarnemingen, vijf met een positieve strekking en vijf met een kritische strekking.

### 5.1 Klachten betreffen de fase voorafgaande aan de inschrijving

Wanneer men de twee periodieke rapportages doorneemt valt op dat een groot deel van de klachten de fase voorafgaand aan de inschrijving betreft: 54 ten opzichte van 58 bij de 2<sup>e</sup> rapportage van de Commissie. Reeds daarmee heeft de Commissie haar nut bewezen, want in dit stadium is in Nederland vrijwel nooit geklaagd bij een onafhankelijke instantie. Blijkbaar durven inschrijvers in dit stadium wel klachten aan de Commissie voor te leggen, waar zij dat tevoren in grote mate deden via Nota's van Inlichtingen, maar bijna nooit bij de rechter: dat is een sterk bewijs van laagdrempeligheid en (wat ons betreft) van het bestaansrecht van de Commissie.

### 5.2 Interne en externe consistentie van de adviezen

Dan de adviezen zelf. De motivering is van een volstrekt andere orde dan die van de meeste kort geding vonnissen. De adviezen zijn zowel intern als extern consistent gemotiveerd: de interne consistentie wordt door de Commissie bij de 2<sup>e</sup> rapportage zo belangrijk geacht dat juist daardoor het geringe aantal opdrachten aan experts wordt verklaard. Omdat er voor de adviezen geen sjabloon bestond is dat een begrijpelijke eis. Nu de Commissie inmiddels zelf dat sjabloon heeft uitgewerkt kan die eis worden versoepeld, zouden wij denken. De externe consistentie (de inbedding in het geldende aanbestedingsrecht) wordt gerealiseerd door veelvuldige verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis en (met name Europese) rechtspraak. De overtuigingskracht van de adviezen is mede daardoor veel groter dan die van de meeste kort geding vonnissen.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> Asser/*Vranken Algemeen Deel* \*\*\*\* 2014 p. 90: het gezag van een rechterlijk oordeel is gebaseerd op de motivering; voor de motivering van een kort geding vonnis gelden lagere eisen maar omdat het hier de *facto* geen voorlopige oordelen zijn maar definitieve beslechtingen van omvangrijke geschillen is dat ons inziens geen wenselijke situatie; Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011 p. 244-245.

### 5.3 Evenwichtiger resultaten door grondiger analyse

Dan de resultaten van deze adviezen. De grondiger analyse dan in korte gedingen gebruikelijk is, leidt tot een evenwichtiger balans: 24 van de 40 adviezen bevatten een (gedeeltelijke) gegrondbevinding, of circa 60%. Dat cijfer verschilt sterk van de resultaten in kort gedingen, waar gemiddeld slechts circa 20% van de vorderingen wordt toegewezen.<sup>14</sup> Deze 60% komt opvallend in de buurt van het percentage toewijzingen door de Raad van Arbitrage toen die nog aanbestedingsgeschillen behandelde.<sup>15</sup> Dat verschil tussen resultaten van de Commissie en Voorzieningenrechtters zou kunnen worden veroorzaakt niet alleen door het feit dat de Commissie bestaat uit deskundigen op het gebied van aanbestedingen (dat zijn verschillende Voorzieningenrechtters inmiddels ook), maar ook door het feit dat de Commissie de kwesties meer als een bodemprocedure behandelt, en geen gebruik maakt van stijbloemen zoals: ter zitting gesteld en onvoldoende betwist. Omdat er in Nederland verder niet of nauwelijks bodemprocedures worden gevoerd over aanbestedingen wordt in dit opzicht volgens ons in een lacune voorzien.

### 5.4 Instellen van klachtmeldpunten

Wat niet zichtbaar wordt in het onderzoek van Kwink maar in de praktijk wel degelijk merkbaar is, is dat veel aanbestedende diensten een eigen klachtenmeldpunt hebben geopend waar (op grond van een door de Commissie zelf gestelde ontvanke-lijkheidseis) in eerste instantie dient te worden geklaagd; welke meldpunten regelmatig door kritische lezers worden bemand. Het gebeurt daarom regelmatig dat klachten door die meldpunten worden toegewezen. Deze waarnemingen werden tijdens de Voorjaarsvergadering van de NVvA over deze kwestie door verschillende aanbesteders bevestigd. Reeds die ontwikkeling is een extra (hoewel speculatieve) bewijs van het beoogde leereffect, of verhoging van de professionaliteit.

### 5.5 Stroomlijning van geschillen

Uit de adviezen blijkt dat zich ook verenigingen van ondernemers melden met klachten met een meer algemene strekking, ofschoon een klacht volgens het Reglement wel betrekking dient te hebben

<sup>14</sup> Gebaseerd op een eigen telling op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) van de vonnissen van de Rechtbank Den Haag over de periode van 1 januari 2013 tot 1 juni 2015: 21 van de 93 vonnissen bevatten een gedeeltelijke toewijzing (circa 22%). Bij dat laatste percentage dient men zich te bedenken dat inschrijvers deze statistiek al tien jaar betrekken in hun beslissing om te procederen (dat sluit bijna precies aan op de analyse in het Eindrapport Ministerie van Economische Zaken, Aanbestedingsrechtpraak in Nederland 1 september 2004 - 31 augustus 2009, juni 2010, p. 46: circa 20% voor de rechtbanken).

<sup>15</sup> Eindrapport Ministerie van Economische Zaken, Aanbestedingsrechtpraak in Nederland 1 september 2004 - 31 augustus 2009, juni 2010, p. 46 (daar wordt een percentage van 53% genoemd).

op een concrete aanbesteding (een 'te verwerven opdracht', art. 7). Die ontwikkeling zou kunnen leiden tot stroomlijning van geschillen en ook dat is een pluspunt.

## 5.6 Behandelingsduur klachten

Inmiddels zijn wij beland bij de waarnemingen met een meer kritisch karakter. De inschrijver die rechtsbescherming zoekt, ondervindt met name twee nadelen. In de eerste plaats is sprake van een vrij lange behandelingsduur: in de periode van 1 maart 2014 tot 1 maart 2015 40,91 dagen voor de 23 behandelde klachten met kritieke termijn (63,57 dagen zonder kritieke termijn)<sup>16</sup>. Met enige overdrijving kan men constateren dat de Commissie aan eigen succes ten onder dreigt te gaan. Tijdwinst zou geboekt kunnen worden door hantering van vaste termijnen voor antwoord op de klacht en voor het advies. Een model voor een sneller bodemoordeel is de werkwijze van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, die voor 2004 (toen de Raad de meeste aanbestedingsgeschillen behandelde) binnen een of twee weken een zitting organiseerde, mondeling rechtspraak aan het slot van de zitting en vonnis te binnen 1 à 2 weken. Een ander goed voorbeeld geeft de Vergabekammer in Duitsland, die binnen maximaal vijf weken een vonnis dient af te scheiden.<sup>17</sup> Dat vergt een grotere bemensing, maar betere prestaties op dit gebied zullen leiden tot minder procedures in kort geding.

Aangezien kort geding zittingen plaatsvinden na 20 dagen Alcateltermijn plus (meestal) meer dan een maand tot aan de zitting, per saldo meer dan 7 weken, moet het dan geen enkel probleem zijn om adviezen een week voor die kort geding zitting af te hebben: dat is ook waar de inschrijvers blijkens de enquêtes op zitten te wachten. Die mogelijkheid komt hierna aan de orde.

## 5.7 Vrijwillige terugtrekking Commissie bij aanhangig maken kort geding

In het verlengde daarvan ligt een volgend bezwaar: de terugtrekking van de Commissie wanneer een kort geding aanhangig is (art. 11-7 Reglement). Dat blijkt nauwelijks uit de eigen cijfers van de Commissie (3 klachten ingetrokken na een kort geding), maar het is in de praktijk de belangrijkste reden om geen klacht in te dienen en een kort geding te beginnen: wanneer de aanbestedende dienst zich niet op voorhand bereid verklaart te wachten, heeft een

klacht geen zin meer. De weigering van een aanbestedende dienst om daarmee in te stemmen, blijft buiten beeld in de statistieken van de Commissie.

Het gaat hier om een vrijwillige terugtrekking van de Commissie; die heeft geleid tot een eenzijdige uitschakelingsbevoegdheid bij de aanbestedende dienst. Noch in de parlementaire geschiedenis van de Aanbestedingswet, noch in het Klachtenreglement van de Schrijfgroep, noch in het Instellingsbesluit is dat vereist. De schrijfgroep veronderstelde juist dat een advies in kort geding een 'zwaarwegende rol' zou spelen, en dat is ook al eens gebleken, al gaf de schrijfgroep wel de 'vrijheid om behandeling van een klacht te staken'.<sup>18</sup>

De combinatie van snelle klachtbehandeling en het vervallen van de eenzijdige uitschakelingsbevoegdheid zou kunnen leiden tot beschikbaarheid van een advies op de kort gedingzitting, waar argumenten van de Commissie gewogen kunnen worden en ook belangen van derden meegewogen kunnen worden.

## 5.8 Geen mogelijkheid tussenkomst derden

Zo komen wij bij een derde verbeterpunt en dat betreft de positie van derden. Zeker wanneer de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing door een concurrent zou worden aangevochten, zou die derde de behoefte kunnen voelen zijn standpunt toe te lichten. Het reglement lijkt maar in twee partijen te voorzien. Omdat jegens derden gelijke termijnen kunnen worden gehanteerd, zou een dergelijke mogelijkheid niet tot vertraging hoeven te leiden.

## 5.9 Grote terughoudendheid Commissie bij beoordeling klachten

Wij veroorloven ons een opmerking van inhoudelijke aard, en die betreft de terughoudendheid die de Commissie veelal in acht neemt bij beoordeling van een klacht. Wij nemen als voorbeeld de kwestie van de proportionele aanbestedings- en contractuele eisen. Daar tekenen wij direct bij aan dat het een enorme stap vooruit is dat deze kwesties in het verlengde van de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit eindelijk grondig beoordeeld kunnen worden (hetgeen in kort geding niet mogelijk bleek).<sup>19</sup> Over beweerdelijk disproporzionele aanbestedingseisen telden wij zes (28, 34, 36, 52, 56, 131) uitspraken en over beweerdelijk disproporzionele contractuele eisen eveneens zes (13, 40/42, 97, 105, 121, 154), samen twaalf van

<sup>18</sup> Advies Klachtentafhandeling bij Aanbesteden, 1 maart 2013, p. 8, verkregen via: <[https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/klachtentafhandeling-definitief1\\_0.pdf](https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/klachtentafhandeling-definitief1_0.pdf)>; Vzgnr. Rb. Arnhem 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868; inmiddels kozen enkele Voorzieningenrechtters in dezelfde kwestie ook een andere lijn dan de Commissie zie: Vzgnr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802; Vzgnr. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530.

<sup>19</sup> Vgl. onlangs Vzgnr. Rb. Utrecht 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104 (BAM/VolkerRail/Strukton-ProRail).

<sup>16</sup> Kwink noteert 41 kalenderdagen resp. 100 kalenderdagen (Kwink Groep, Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts 2015, p. 47).

<sup>17</sup> Artikel 113 lid 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Wet tegen mededingingsbeperkingen).

de door ons bestudeerde 66 adviezen.<sup>20</sup> In advies 97 kiest de Commissie voor toetsing aan eis 3.9A van de Gids Proportionaliteit (geen risico toewijzen bij degene die het risico niet kan beheersen) een element in de toelichting van de Gids Proportionaliteit, namelijk dat bij proportionaliteit een rol speelt of het risico te overzien is ('geringe of overzienbare effecten').<sup>21</sup> De Commissie vindt een periode van 4 weken waarin een vergunning (volstrekt buiten de invloedssfeer van de inschrijver) niet wordt verleend vervolgens proportioneel omdat het te 'beprijzen en te verdisconteren zou zijn'. Wij achten dat een onwenselijke benadering, waarmee de rol van Voorschrift 3.9A ten onrechte gemarginaliseerd wordt: geen inschrijver zal werkelijk 4 weken extra bouwtijd in de prijs calculeren omdat een dergelijke maximalisering van risico's met zekerheid zal leiden tot de economisch *minst* voordelige aanbidding. Men dient het risico dus zo laag als mogelijk waarderend en vervolgens hooguit hopen dat het niet gebeurt of anders rekenen op mededogen van de aanbestedder. Manifesteert het risico zich wel dan verschuiven de kosten van dit risico zonder enige goede reden, want zonder enige mogelijkheid om dat risico te verkleinen, van opdrachtgever naar opdrachtnemer. Hier had beter gepast een benadering vanuit de ratio van zo'n eis: had de opdrachtgever een geldig motief om af te wijken van het uitgangspunt dat een dergelijk risico niet te beïnvloeden is? De risicoverdeling impliceerde ook een afwijking van de UAV-GC maar dat was niet aangevoerd; volgens ons geeft de ruime opdracht aan de Commissie echter juist de mogelijkheid om de klacht wel vanuit dat perspectief te beantwoorden, al was het ten overvloede (van die techniek wordt elders in adviezen veel gebruik gemaakt).

In advies 121 zien we hetzelfde en in advies 105 wordt een vergelijkbare terughoudendheid in acht genomen door afwijzing van een klacht tegen een boete gekoppeld aan 'leveringsbetrouwbaarheid'; volgens de Commissie een onnauwkeurig begrip; maar dat lijkt ons juist een extra reden om disproportionaliteit aan te nemen.

Het toespelen van dit soort risico's aan de inschrijver/uitvoerder is tegenwoordig het grootste probleem bij aanbesteding en uitvoering van met name grote UAV-GC werken in de infrastructuur.<sup>22</sup> Een

vergelijkbare grote terughoudendheid van de Commissie ziet men ook bij de hantering van een vervaltermijn (105)<sup>23</sup>; herstel van een gebrek (89)<sup>24</sup> en de mogelijkheid af te wijken van de Gids Proportionaliteit door in antwoorden in de NvI de vereiste motivering van die afwijking te lezen (62).<sup>25</sup> Deze terughoudendheid zou kunnen zijn veroorzaakt door de eerder gesignaleerde veronderstelde behoefte aan externe consistentie van de adviezen, dat wil zeggen de wens om binnen de kaders te blijven die zijn getrokken in de rechtspraak. Maar die kaders bewegen en bovendien is het juist de Commissie die in haar adviezen het begrip proportionaliteit, waaraan onze Tweede en Eerste Kamer zulk een groot belang toekenden, verder dient te ontwikkelen.

Hier manifesteert zich ook een fundamenteeler probleem bij de ex ante toetsing van disproporionele contracteisen: zolang nog geen concrete casus beschikbaar is, behoudt de beoordeling van de regel een hypothetisch karakter, hetgeen de Commissie zich in advies 121 (6.3.7) lijkt te realiseren. Dat kan men deels oplossen door de aanbestedende dienst om voorbeelden te vragen, maar wij zouden zelf een grijze lijst van dit soort bedingen bepleiten die ex post door de rechter of arbiter getoetst kunnen worden: ook dat is onderdeel van de Evaluatie en die maatregel lijkt ons thans noodzakelijker dan ooit.<sup>26</sup>

## 5.10 Inschakelen van meer materie-deskundigen

Zo komen wij bij een vijfde opmerking en die betreft de inschakeling van experts en in het bijzonder materie-deskundigen ofwel niet-juristen. Zeker bij beoordeling van proportionaliteit geldt de conclusie van de Engelse Law Lord Hoffmann in een beschouwing over het proportionaliteitsbeginsel: *'the real problem about applying the principle of proportionality (...) in hard cases is not whether the principle should be observed but who should decide whether it has been observed or not'*.<sup>27</sup>

Wanneer men bij beoordeling van proportionaliteit het gebruik betreft (een voor de hand liggend maar niet doorslaggevend criterium, bij Voorschrift 3.9D

<sup>20</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts 12 juni 2013 (advies 13); Commissie 25 oktober 2013 (advies 28), Commissie 2 oktober 2013 (advies 34); Commissie 5 december 2013 (advies 36); Commissie 24 december 2013 (advies 40/42); Commissie 22 januari 2015 (advies 52); Commissie 20 januari 2014 (advies 56); Commissie 22 mei 2014 (advies 97); Commissie 13 juni 2014 (advies 105); Commissie 20 augustus 2014 (advies 121); Commissie 15 augustus 2014 (advies 131); Commissie 9 oktober 2014 (advies 154).

<sup>21</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts 22 mei 2014 (advies 97).

<sup>22</sup> De resultaten staan bijna wekelijks in de krant; zie onlangs ook Ingrid Koenen, 'UAV-gc moet volledig op de schop', *Cobouw* 28 oktober 2015. Onder leiding van Rijkswaterstaat werken opdrachtgevers en opdrachtnemers inmiddels aan een werkwijze die op samenwerking en een redelijke verdeling van risico's is gebaseerd in het kader van de nieuwe Marktvisie.

<sup>23</sup> In advies 105 zien we ook een strikte toepassing van een uiterst rigide vervaltermijn: je moet binnen 3 kalenderdagen na een NvI schriftelijk protesteren. Volgens de Commissie was 10 kalenderdagen (en vier dagen voor de inschrijving) te laat; al was die termijn van vier dagen dus nog langer dan de 3 dagen die de aanbestedder zelf stelde. Bij uitstek een situatie waarin een beschouwing over rechtsverwerking op zijn plaats zou zijn geweest. Commissie van Aanbestedingsexperts 13 juni 2014 (advies 105), r.o. 6.4.

<sup>24</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts 10 augustus 2015 (advies 89), r.o. 5.2.

<sup>25</sup> Commissie van Aanbestedingsexperts 7 februari 2014 (advies 62).

<sup>26</sup> *Kamerstukken I* 2012/13, 32 440, O (Brief Minister Verhagen aan Eerste Kamer 8 februari 2013).

<sup>27</sup> L. Hoffmann, 'The influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law', in E. Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europa*, Oxford: Hart Publishing 1999, p. 109 (geciteerd door J.H. Jans, S. Prechal and R.J.G.M. Widdershoven (eds.), *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 143).

moet het volgens de Gids Proportionaliteit zeker worden betrokken), verdient het aanbeveling om een meervoudige beoordeling te organiseren met mensen uit de uitvoeringspraktijk (en dus vooral minder juristen). Dat een en ander snel kan worden georganiseerd bewijst ook hier de Raad van Arbitrage die ingeval van een voorlopige voorziening binnen ongeveer een week drie deskundigen weet te mobiliseren.<sup>28</sup>

Ook beoordeling van *EMVI*-klachten kan beter langs deze weg plaatsvinden, want op dat vlak dreigt door de toenemende ruimte in gunningscriteria en de marginale toets in kort geding een groot rechtsbeschermingsgat te ontstaan.

## 6. Concluderende opmerkingen

Via deze laatste aanbeveling (een term die de Commissie graag hanteert), komen wij bij het slot van deze beschouwing.

Onze eerste aanbeveling is de hiervoor genoemde minpunten te verhelpen, dat is geheel mogelijk binnen de geldende kaders; het reglement kan door de Commissie steeds worden aangepast en heet op de website zelfs: voorlopig reglement.

Een tweede suggestie betreft een verkorting van de behandelingstijd door de termijnen van de klacht bij de aanbestedende diensten en de Commissie te laten samenvallen: men klaagt bij Commissie en terwijl de aanbestedende dienst haar reactie opstelt, pleegt zij gewetensonderzoek en kan besluiten de

klacht te erkennen, de Commissie hoeft dan niet te oordelen. De huidige serieschakeling levert onnodig tijdverlies op ten opzichte van een dergelijke parallelschakeling.

Een derde suggestie die wij zouden willen doen is de mogelijkheid te onderzoeken naar een intensievere behandeling van klachten, met meer procedurele waarborgen: bijvoorbeeld drie deskundigen, een mondelinge behandeling en mogelijke betrokkenheid van belanghebbende derden. Dat lijkt natuurlijk al wat meer op een echte procedure, en dat zou wat ons betreft op wat langere termijn ook het einddoel moeten zijn: of men dat nu een Aanbestedingskamer of een multidisciplinair arbitrage-instituut of een Autoriteit noemt, maakt minder uit. Een snelle bodemprocedure is mogelijk en wenselijk. De Commissie heeft het nut daarvan opnieuw bewezen.

Ten slotte kan de Commissie uitstekend de door de nieuwe Richtlijnen vereiste rapportages opstellen (art. 83 lid 2, 3<sup>e</sup> alinea van de Algemene Richtlijn en art. 99 van de Richtlijn Nutssectoren), namelijk de signalering van specifieke schendingen of systematische problemen in de vorm van 'monitoringsactiviteiten'. De periodieke rapportages zijn daarvan al een goed voorbeeld.

Wij hopen dat wij in het voorgaande duidelijk hebben kunnen maken dat wij de balans van 2 jaar Commissie ruimschoots positief vinden, en anders hebben wij dat bij deze nog eens met zoveel woorden geconcludeerd. ●

<sup>28</sup> In geval van spoedgeschillen ex art. 14 van het Arbitragereglement.